

## University of Groningen

### Doorgeschoten?

Jans, Jan H.

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Jans, J. H. (2005). *Doorgeschoten? enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*. Europa Law Publishing.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## **Doorgeschoten?<sup>1</sup>**

### **Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak**

mr. Jan H. Jans

*Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het publiekrecht, in het bijzonder het nationale en internationale bestuursrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen op dinsdag 31 mei 2005*

#### **Mijnheer de Rector, zeer geachte toehoorders,**

De Nederlandse bestuursrechtspraak heeft sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht een ware gedaantewisseling ondergaan. Toen ik aan deze universiteit in het begin van de jaren tachtig voor het eerst bestuursrecht doceerde, leerden wij onze studenten dat het de primaire taak van de bestuursrechter was om beschikkingen te beoordelen op hun rechtmatigheid. De vernietigingsgronden stonden in de wet en de appellant kon volstaan met het stellen van zijn belang. De bestuursrechter toetste dan vervolgens aan de hand van deze wettelijke vernietigingsgronden de rechtmatigheid van de beschikking. Taak van de bestuursrechter was niet alleen om burgers rechtsbescherming te bieden, maar hij had tevens een controle functie op het bestuur. Ik vind dat nog steeds een goed uitgangspunt. In het bestuursrecht gaat het tenslotte altijd om het algemeen belang.

Nu leren we de studenten iets anders. Het bestuursprocesrecht schept een kader voor het beslechten van rechtsgeschillen tussen burgers en overheid: geschilbeslechting daar gaat het om. Verder gaande ambities, inclusief de controlefunctie op de *objectieve rechtmatigheid* van het bestuur, werden buitenboord gezet.

Nu wil ik hier niet het hele debat over de voors en tegens van deze verandering herhalen. Ik ben geen romanticus die, onder het motto “vroeger was alles beter”, de restauratie van het pre-Awb-tijdperk wil bepleiten. Wel zou ik menen, dat deze primaire oriëntatie op de rechtsbeschermingsfunctie, met name in het licht van Europese ontwikkelingen, te ver is doorgeschoten en dat een herbezinning noodzakelijk is.

Laat ik, voordat ik mijn zojuist geponeerde stelling nader toelicht, U eerst de Europeesrechtelijke context van mijn verhaal schetsen. Grote delen van het *materiële* bestuursrecht zijn onder invloed van internationale en Europese verplichtingen vergaand geharmoniseerd.

Bij geschillen tussen burger en bestuur krijgt de bestuursrechter, of hij het nu wil of niet, een rol bij de toepassing van dat Europees recht. Of zoals dat zo fraai door Temple Lang is omschreven: “Every national court [...] is now a Community law court”.

Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie blijkt volgens mij zonneklaar dat de rol van de nationale rechter niet *alleen* kan worden gedefinieerd in termen van ‘het bieden van rechtsbescherming’. Al sinds de uitspraak in *Van Gend & Loos* is duidelijk dat het Hof de inroepbaarheid van Europees recht tevens van belang acht voor ‘een doelmatige controle’ op het naleven door de overheid van haar Europeesrechtelijke verplichtingen.

Dit verschil in grondslag tussen nationaal en Europees recht levert een aantal fikse problemen op. Een drietal daarvan zal ik de revue laten passeren.

---

<sup>1</sup> Een uitgewerkte versie van hetgeen als rede is uitgesproken is verschenen bij Europa Law Publishing onder ISBN 9076871493: [http://www.europalawpublishing.com/european\\_law/493.htm](http://www.europalawpublishing.com/european_law/493.htm).

*Het eerste probleem betreft de mogelijke invoering van een relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursprocesrecht zoals bepleit door mijn Amsterdamse collega Ben Schueler.* Naar Nederlands bestuursrecht kunnen belanghebbenden tegen besluiten van bestuursorganen in bezwaar en beroep komen. Het is daarbij van geen belang of zij een beroep doen op normen die niet primair hun belangen beogen te beschermen. Er geldt in het Nederlandse bestuursprocesrecht geen relativiteitsleer of *Schutznorm*. Dit gaat wellicht veranderen, als de voorstanders van een verdere subjectivering van de bestuursrechtspraak hun zin krijgen. Schueler staat met zijn pleidooi namelijk niet alleen. Ook de Commissie Boukema bij de evaluatie van de Awb vindt dat de huidige leer leidt tot een ondoelmatig gebruik van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Ik zou echter menen dat we deze discussie kunnen sluiten: het Europees recht staat invoering van een relativiteitseis niet toe. Grondslag voor mijn stelling: de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*.

In deze zaak stond de rechtmatigheid ter discussie van een heffing op afvalstoffen. Het probleem was dat op deze heffing enkele vrijstellingen van toepassing waren, die als steunmaatregelen moesten worden beschouwd. Deze steunmaatregelen waren op het moment van inwerkingtreding nog niet door de Europese Commissie goedgekeurd, dus onrechtmatig en zouden daarom ook de rechtmatigheid van de afvalstoffenheffing zelf aantasten. Het Streekgewest, belast met de inzameling en afvoer van huishoudelijk afval, betaalde een flink bedrag aan afvalstoffenbelasting, maakte vervolgens bezwaar, beriep zich op het EG-recht en verzocht om teruggaaf.

In de procedure voor de Hoge Raad betoogde de staatssecretaris dat een beroep op een bepaling van Europees recht slechts openstaat indien het belang tot bescherming waarvan die bepaling strekt, wordt of dreigt te worden geschonden. En dat was volgens hem hier niet het geval.

Het Hof van Justitie antwoordt kort en bondig op de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vraag: nationale voorschriften ten aanzien van de procesbevoegdheid en procesbelang “mogen [niet] afdoen aan een doeltreffende rechterlijke bescherming bij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde toegekende rechten”. Of de justiaabele geraakt wordt door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de steunmaatregel, doet niet terzake voor de beoordeling van zijn procesbelang. Door deze uitspraak wordt niet alleen duidelijk dat het *Europees recht zelf* geen eisen stelt aan de kwaliteit van degene die een beroep doet op rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht, maar ook dat deze uitspraak verhindert dat op grond van *nationaal procesrecht* een relativiteitseis wordt gesteld. Daarmee stelt het Europees recht duidelijke grenzen aan een mogelijke verdere subjectivering van de bestuursrechtspraak in Nederland.

Naar ik heb begrepen ligt dit onderwerp thans op het bordje van de Commissie Scheltema. En aangezien ik het genoeg heb enkele leden van deze commissie, en niet de minste, onder mijn gehoor aan te treffen, zou ik hier toch nog iets meer over willen zeggen. De verleiding is natuurlijk groot om te zeggen: ach Jans, overdrijf je niet een beetje, is jouw interpretatie niet wat al te kort door de bocht? Ik zou de commissie Scheltema willen adviseren om, bij wijze van prelude op de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, ook maar eens de *Kokkelvisser's* uitspraak te lezen, of de uitspraak in de zaak *Stadt Halle* waar duidelijk wordt hoe de *Schutznorm* uit het Duitse bestuursprocesrecht leidt tot strijd met de rechtsbeschermingsclausule uit een van de aanbestedingsrichtlijnen. Of de recente uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Österreichischer Zuchtverband für Ponys* waar een Oostenrijkse *Schutznorm* problemen oplevert. Uit deze laatste uitspraak kan eveneens worden afgeleid, dat wanneer het Europees recht voorziet in een voor de rechter inroepbare begrenzing van bestuursbevoegdheden, de toegang tot de rechter gegarandeerd moet worden. Kort door de bocht? Scherp aan de wind zult U bedoelen!

*Het tweede probleem dat ik vandaag aan de orde wil stellen betreft het verbod van ambtshalve toetsing.*

In een stelsel van bestuursrechtspraak waarin voor de controlefunctie van de rechter *wel* ruimte is ingeruimd, is ambtshalve toetsing niet echt problematisch. Als de rechter op enig punt strijd constateert met het recht, dan moet hij het besluit vernietigen. Maar in het huidige systeem bepalen de partijen de omvang van het geding. Met andere woorden, als er *één* onderwerp is waar de mogelijke toezichthoudende rol van de rechter naar voren komt (of juist niet), dan is dat wel het vraagstuk van de ambtshalve toetsing. Het lijkt me daarom nuttig om na te gaan of het Nederlandse stelsel de toets aan het Europees recht kan doorstaan, juist gelet op de controlerende rol die de nationale rechter op grond van het Europees recht zou moeten vervullen.

Het debat centreert zich rond de interpretatie van artikel 8:69, eerste lid, Awb. Op grond daarvan doet de rechtbank “uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.” De omvang van het geschil is derhalve beperkt tot de door de appellant tegen het besluit, of onderdelen daarvan, aangevoerde gronden. *Binnen* de omvang van het geschil vult de bestuursrechter ambtshalve de rechtsgronden aan en kan zij ambtshalve de feiten aanvullen. *Daarbuiten* is naar Nederlands recht ambtshalve toetsing door de bestuursrechter beperkt tot voorschriften van openbare orde. De rechter mag slechts buiten het geding treden en tot een ambtshalve toetsing overgaan wanneer er normen van openbare orde in het geding zijn.

Tot welke problemen dit aanleiding geeft, wordt duidelijk in de volgende casus. Aan de orde was een besluit van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie waarbij een Duitse vreemdeling de maatregel van bewaring was opgelegd. Wat was er aan de hand? Blijkbaar was in het beroepsschrift geen beroep gedaan op het reis- en verblijfsrecht van art. 18 EG-verdrag. De rechtbank – die daar blijkbaar een probleem zag – vroeg aan de minister of zij ambtshalve aan het Europees recht mocht toetsen. Ja, zegt de minister ter zitting, dat mag. Vervolgens toetst de rechtbank aan artikel 18 EG en verklaart het beroep gegrond. Dan gaat de minister in hoger beroep bij de Afdeling met als voornaamste argument dat de rechtbank ten onrechte ambtshalve heeft getoetst. De Afdeling is het daar mee eens, want volgens haar gaat het bij art. 18 EG niet om een voorschrift van openbare orde.

Hier zien we dus het probleem in *optima forma*. Een mogelijk *objectief onrechtmatig* besluit wordt in stand gelaten, doordat de belanghebbende de mogelijke schending van artikel 18 EG niet in het geding heeft gebracht.

Betekent dit dan automatisch dat het verbod op ambtshalve toetsing in strijd is met het Europees recht? Dat is niet het geval. Op grond van de *Rewe/Comet*-doctrine van het Hof van Justitie blijkt dat nationaal procesrecht kan worden toegepast, mits dit non-discriminatoire geschiedt en dit procesrecht de toepassing van het Europees recht in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Met betrekking tot ambtshalve toetsing is deze doctrine nader geconcretiseerd in de *Van Schijndel*-rechtspraak. In de kern komt deze er op neer dat bij de beoordeling van nationaal procesrecht rekening moet worden gehouden “met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.” Verder blijkt uit deze rechtspraak dat als de rechter de *bevoegdheid* heeft om ambtshalve te toetsen, hij in geval van toetsing aan Europees recht, daartoe *verplicht* is. Samenvattend, de ambtshalve toetsing aan het Europees recht achterwege laten, is alleen dan aanvaardbaar wanneer een regel van nationaal procesrecht hem dat verbiedt en er voor dat verbod een rechtvaardiging kan worden gevonden.

*De vraag die nu rijst is: hoe hard is nu eigenlijk het verbod voor de rechter om buiten de grenzen van het geding te treden?*

Immers, hoe ‘zachter’ het verbod naar nationaal recht is, des te ‘harder’ op grond van het Europees recht de verplichting tot ambtshalve toetsing is. Uit de rechtspraak blijkt dat de bestuursrechter de omvang van het geding wel degelijk kan beïnvloeden en doet dat dan ook. Zo kan worden gewezen op het verschil in aanpak tussen de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak. Zo blijkt de Centrale Raad zich ter zitting actiever op te stellen dan de Afdeling en ‘trekt’ door deze actieve houding meer aspecten binnen de grenzen van het geding. De grenzen van het geding zijn blijkbaar niet zo hard als graniet en door een actieve rechter ter zitting vloeiend te maken.

Niet alleen door een actieve opstelling ter zitting kan de bestuursrechter de omvang van het geding beïnvloeden, maar ook door ruimhartig om te gaan met de door belanghebbende aangevoerde beroepsgronden. Doet een Duitse vreemdeling die stelt “niet te mogen worden uitgezet” nu wel of niet een beroep op het verblijfsrecht van art. 18 EG?

De grenzen van het geding zijn dus manipuleerbaar door de rechter. Mijn stelling is dan ook dat de bestuursrechter gehouden is de grenzen van het geding *zoveel mogelijk* op te rekken, opdat toetsing aan het Europees recht kan plaatsvinden.

*Verbod op ambtshalve toetsing geldt niet voor bepalingen van ‘openbare orde’*

Bij de vraag wat zijn nu bepalingen van ‘openbare orde’ wordt meestal gesteld, dat het hier gaat om bepalingen welke niet ter vrije beschikking van partijen staan. Dat kan natuurlijk niet kloppen. Immers, dan zou 90% of meer van het bestuursrecht van openbare orde zijn. In elk geval zou dan het gehele Europese recht een ‘openbare orde’ karakter hebben. Een andere interpretatie ligt dus meer voor de hand. Bij ‘openbare orde’ bepalingen moet het dus wel gaan om bepalingen met een dusdanig fundamenteel karakter dat een bestuursrechter daar altijd aan zou behoren te toetsen. Blijkens de *nationale* jurisprudentie gaat het hier vooral om regels die de bevoegdheid en de ontvankelijkheid betreffen. Maar waarom juist deze regels zo fundamenteel zijn en andere niet, daar moet vaak tevergeefs een verklaring voor worden gezocht.

Naar Europees recht is door het Hof van Justitie een groot aantal materieelrechtelijke regels uit het EG-verdrag bestempeld als ‘fundamenteel’. Zoals bekend heeft het Hof in *EcoSwiss* duidelijk gemaakt dat het verbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten ex artikel 81 EG van ‘openbare orde’ is. Het gaat hier, aldus het Hof, om “een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.” Deze uitspraak maakt duidelijk dat de vraag of een norm van Europees recht zich kwalificeert als ‘openbare orde’-bepaling in laatste instantie aan het Hof van Justitie is voorbehouden en dus niet op het nationale niveau wordt beslist. Nu heeft het Hof van nog veel meer materieelrechtelijke bepalingen uit het EG-verdrag het fundamentele karakter benadrukt. Ik noem, niet uitputtend, en verwijzend naar recente jurisprudentie: de regels betreffende het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van dienstverrichting, het personenverkeer, het beginsel van gelijke behandeling en het reis- en verblijfsrecht voor hen die het Europees burgerschap bezitten.

Waarom zouden dan ook niet deze regels van Europees recht als zijnde van ‘openbare orde’ ambtshalve moeten worden toegepast?

*Wat is nu de rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing?*

In de literatuur wordt wel verdedigd dat de keuze voor geschilbeslechting als primaire functie van de bestuursrechtspraak een voldoende rechtvaardiging biedt voor het verbod. Zo in *abstracto* gesteld gaat mij dat te ver, juist omdat het Europees recht een toezichthoudende rol

van de bestuursrechter verlangt. Het verbod van ambtshalve toetsing behoeft dan ook een meer *concrete* en meer *specifieke* rechtvaardiging.

Bij de uitspraak rond die Duitse vreemdeling zou wellicht gedacht kunnen worden aan ‘de bescherming van de rechten van de verdediging’ als mogelijke rechtvaardigingsgrond. Echter, bedacht moet worden dat het in het bestuursrecht per definitie gaat het om de ongelijke verhouding tussen staat en burger. De bescherming van de rechten van de verdediging zou dan ook interpretatie behoeven – ik laat het begrip ‘ongelijkheidscompensatie’ maar eens vallen – in het licht van de bijzondere aard van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Of, om het wat beeldender uit te drukken: aan hoeveel bescherming heeft de minister voor Vreemdelingenzaken nu werkelijk behoefte bij de uitzetting van een in bewaring gestelde vreemdeling?

Daarbij komt dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond ook daadwerkelijk ‘noodzakelijk’ moet zijn om het ingeroepen belang te beschermen. In deze zaak was daar blijkbaar geen behoefte aan, immers ter zitting had de minister ingestemd met ambtshalve toetsing door de rechtbank. Daarmee verdwijnt dan ook de rechtvaardiging in het concrete geval en handelt de Afdeling door het ambtshalve toetsen door de rechtbank ‘af te straffen’ in strijd met het Europees recht. Met andere woorden, een procesrechtelijke regel die *in abstracto* de toets aan een rechtvaardigingsgrond zou kunnen doorstaan, mag desalniettemin niet worden toegepast, wanneer de toepassing van die regel *in concreto* niet noodzakelijk is om die belangen te beschermen.

*Een volgend aspect bij een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond is dat het beroep consistent moet zijn met hoe de bestuursrechter omgaat met andere procesrechtelijke belemmeringen.*

Zoals sommigen van U weten, ben ik van mening dat de wijze waarop de Afdeling omgaat met het vraagstuk van de ambtshalve toetsing zich niet verdraagt met haar rechtspraak inzake de ‘bedenkingenfuik’ in het milieurecht. Voor de niet-ingewijden: de bedenkingenfuik houdt in dat wanneer een belanghebbende tijdens de inspraak over de concept-milieuvergunning een beroepsgrond niet heeft aangevoerd, hij dit niet alsnog in beroep bij de Afdeling kan doen. Verassend was dan ook te vernemen dat deze bedenkingenfuik *niet* door de Afdeling wordt toegepast wanneer rechtstreeks werkend EG-recht in het geding is.

Maar door de bedenkingenfuik in ge-europeaaniseerde rechtsbetrekkingen niet toe te passen, geeft de Afdeling dus impliciet te kennen dat hetgeen aan de bedenkingenfuik ten grondslag ligt, *geen* voldoende rechtvaardiging bieden om belanghebbenden een beroep op het Europees recht te ontzeggen. Aan die bedenkingenfuik ligt toch vooral de gedachte ten grondslag dat het geschil wordt ‘voorgestructureerd’ en bijdraagt tot een effectieve en tijdige geschilbeslechting. Maar kunnen deze beginselen dan wel een rechtvaardiging bieden voor andere procesrechtelijke barrières, zo is mijn volgende vraag?

Ook maakt de Afdeling niet duidelijk hoe deze rechtspraak zich verhoudt tot recente jurisprudentie waarin de grondenfuik leek te zijn afgeschaft. De grondenfuik betreft het vraagstuk in hoeverre in beroep gronden naar voren kunnen worden gebracht die niet in bezwaar zijn aangevoerd. Eerst leek deze geheel en al te zijn afgeschaft, maar een maand later lijkt de Afdeling daar toch wel weer enige ruimte voor te bieden. Ook hier wordt een expliciete motivering van het hoe en waarom node gemist.

Die plicht tot rechterlijke motivering geldt ook wanneer het in behandeling nemen van aan het Europees recht gerelateerde beroepsgronden strijdig zou zijn met de ‘goede procesorde’. Zo voerde het college van B&W van Hattem in een procedure tegen de vaststelling van het Tracébesluit Hanzelijn pas ter zitting bij de Afdeling aan, dat ten onrechte niet was ingegaan

op de vraag of de realisering van de Hanzelijn verenigbaar is met het Besluit luchtkwaliteit en de daarachter liggende Europese richtlijn. Nu was dit niet zo verwonderlijk, omdat de geruchtmakende uitspraken van de Afdeling over het Besluit luchtkwaliteit slechts enkele weken voor de zitting in deze zaak waren geweest. De Afdeling overweegt, dat niet was gebleken dat dit argument niet eerder in de beroepsprocedure had kunnen worden ingebracht en dat zij zulks in strijd acht met de goede procesorde.

Nu kan ik me in de zaak van het Tracébesluit Hanzelijn heel goed voorstellen dat het moment waarop in dit geval de beroepsgrond werd aangevoerd in strijd is met de goede procesorde. Wellicht zou het beoordelen van deze beroepsgrond nader technisch feitenonderzoek verlangen, zorgt het voor vertraging in de procedure en wordt het bestuursorgaan ter zitting bij de Afdeling ‘overvallen’ door nieuwe argumenten waar het zich niet goed op heeft kunnen voorbereiden. Maar ik kan me ook voorstellen dat in een andere zaak, met een ander feitencomplex, het belang van het garanderen van een goede procesorde het moet afleggen tegen het belang van de appellant om ook ter zitting nog nieuwe gronden naar voren te kunnen brengen.

Het begrip ‘goede procesorde’ heeft een variabele, niet vast-omlijnde, zelfs diffuse inhoud, al naar gelang de juridische en feitelijke constellatie van de zaak. Wanneer het garanderen van een goede procesorde door de bestuursrechter wordt gehanteerd als rechtvaardiging om bepaalde aan het Europees recht ontleende beroepsgronden niet in beschouwing te nemen, dan mag van hem worden verlangd dat hij dit expliciteert en uitgebreid motiveert. Bij gebreke van zo’n motivering verwordt het hanteren van de ‘goede procesorde’ tot een abstracte en nietszeggende bezweringsformule.

Dit alles levert een weinig consistent beeld op. In de reacties op mijn eerdere stellingnames over deze problematiek wordt gezegd dat ik hier bestuursrechtelijke appels en peren met elkaar aan het vergelijken ben. Ik zal nog één keer proberen mijn standpunt uit te leggen. Natuurlijk is het buiten toepassing laten van de bedenkingenfuik in het milieurecht, vanuit het perspectief van het Nederlandse bestuursrecht, niet hetzelfde als het al dan niet toepassen – in gerelativeerde vorm of niet – van de grondenfuik of het vraagstuk van ambtshalve toetsing. Ik heb dat dacht ik ook nooit betwist. Het gaat er om dat deze vragen niet vanuit een intern-bestuursrechtelijk perspectief *kunnen* worden beantwoord, maar benadering behoeven vanuit een extern Europeesrechtelijk gezichtspunt. Of om in de vergelijking van ‘appels en peren’ te blijven: een appel is geen peer, maar bij beide gaat het wel om fruit!

Het gaat in de door mij genoemde gevallen om regels van nationaal bestuurs(proces)recht die een beperking voor de inroepbaarheid van het Europees recht met zich meebrengen. In de *niceties* van het intern-bestuursrechtelijke debat – over de verschillen en overeenkomsten tussen bedenkingenfuiken, gerelativeerde grondenfuiken, grenzen van de goede procesorde en ambtshalve toetsing – zal, zo is mijn vaste overtuiging, het Hof van Justitie niet echt geïnteresseerd zijn. Wel zal het Hof van Justitie willen weten hoe het zit met de interne en externe consistentie van het nationale rechtsbeschermingsstelsel. En daar ontbreekt het aan duidelijkheid, transparantie en consistentie.

*Het derde en laatste probleem dat ik aan de orde wil stellen betreft de vraag **hoe** een rechter moet toetsen aan het Europees recht.*

Toch niet alweer abstracte toetsing, zie ik sommigen denken. U kunt gerust zijn. Ik zal het daar niet over hebben. In het Awb-tijdperk is de abstracte toetsingsmethode door de meeste bestuursrechters ingeruild voor toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel. En daar maak ik mij toch wel enige zorgen over.

Neem bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de subsidieverlening t.b.v. Martiniplaza. Volgens de concurrent, de Prins Bernhardhoeve te

Zuidlaren, was hier sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG. Volgens de Afdeling kon dat inderdaad niet worden uitgesloten. Daarom zou op het bestuursorgaan, op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, de plicht rusten om zich bij de Europese Commissie te vergewissen of de subsidie al dan niet onder de aanmeldingsverplichting viel. Naar mijn opvatting omzeilt de Afdeling hier de toetsing aan het Europees recht. De vraag of een bepaalde subsidie als ‘steunmaatregel’ moet worden beschouwd, is een kwestie van juridische kwalificatie zonder beoordelingsvrijheid en het lijkt me dat de bestuursrechter het beantwoorden van die vraag niet via het zorgvuldigheidsbeginsel zou behoren af te wentelen op het bestuursorgaan. De rechtbank Groningen had het in deze zaak dan ook veel beter aangepakt door *wel* zelfstandig een oordeel te geven over het staatssteunkarakter van de subsidiëring.

Nu zult U wellicht zeggen: “*so what*”. Wat maakt het nu uit of de rechter zelf toetst aan het materiële Europees recht, dan wel de last bij het bestuursorgaan neerlegt? Ik zou menen dat bij toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel, zowel vanuit het perspectief van het gelijkwaardigheidsbeginsel, als in het licht van het effectiviteitsbeginsel, enige vraagtekens te plaatsen zijn.

Met betrekking tot het gelijkwaardigheidsbeginsel, zou ik de stelling willen verdedigen dat wanneer de Nederlandse bestuursrechters *structureel* een materiële toetsing aan het Europees recht vermijden en mogelijke Europeesrechtelijke problemen vertalen in een toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel, terwijl in een puur nationale context de bestuursrechter sneller geneigd is wel een materiële toets uit te voeren, hier sprake is van schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel. In mijn onderzoek ben ik dergelijke uitspraken tegen gekomen. Ik verwijs al vast gaarne naar de gedrukte versie van mijn rede, die ik u straks bij de receptie hoop te mogen overhandigen.

Met betrekking tot het effectiviteitsbeginsel, zou ik de stelling willen verdedigen dat de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel ongunstiger is qua effectieve doorwerking van het Europees recht dan de materiële toetsing aan het Europese recht zelf. Wanneer de rechter een vanuit het Europees recht gezien materieelrechtelijk probleem constateert en dit afdoet via een toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel, dan suggereert de rechter dat het bestuursorgaan nog over ruimte beschikt om, na vernietiging, inhoudelijk toch hetzelfde besluit te nemen. Terwijl die ruimte er dus niet is.

*Ik rond af. Tot welke conclusie leidt dit alles?*

De Nederlandse bestuursrechter, optredend als ‘eerste-lijns’ Europese rechter behoort een actieve rechter te zijn, een rechter die de grenzen van het geding opzoekt en waar mogelijk oprekt ten einde de doorwerking van het Europees recht *zoveel mogelijk* te laten plaatsvinden. Hij vraagt door ter zitting en interpreteert aangevoerde beroepsgronden ruimhartig. Deze bestuursrechter beseft dat ook bepalingen van materieel Europees recht als ‘openbare orde’ bepalingen kunnen worden aangemerkt en is zich er van bewust dat, of een bepaling van Europees recht van ‘openbare orde’ is, een vraag van Europees recht is en derhalve uiteindelijk valt binnen het domein van het Hof van Justitie. Deze bestuursrechter beseft voorts dat voorzover er door het bestuursprocesrecht grenzen zijn gesteld om aan het Europees recht te toetsen, hij uitdrukkelijk motiveert wat nu *in concreto* hiervoor de rechtvaardiging is en vermijdt daarbij abstracte nietszeggende bezweringsformules. Tenslotte voert de bestuursrechter in ge-europeaniseerde rechtsbetrekkingen, waar mogelijk zelf een materiële toetsing uit aan het Europees recht en wentelt zijn verantwoordelijkheid niet af via het zorgvuldigheidsbeginsel op het bestuursorgaan. En dat relativiteitsvereiste...., daar moeten we maar helemaal niet aan beginnen.

*Ik heb gezegd.*